

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Núbia Franco de Oliveira

**O PODER GERAL DE CAUTELA COMO GARANTIA DA TUTELA
JURISDICCIONAL EFETIVA NO PROCESSO PENAL**

Juiz de Fora

2017

Núbia Franco de Oliveira

**O PODER GERAL DE CAUTELA COMO GARANTIA DA TUTELA
JURISDICIONAL EFETIVA NO PROCESSO PENAL**

Artigo Científico apresentado à Faculdade de
Direito da Universidade Federal de Juiz de
Fora, como requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel. Área de concentração:
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cristiano Álvares Valladares do Lago.

Juiz de Fora

2017

Núbia Franco de Oliveira

**O PODER GERAL DE CAUTELA COMO GARANTIA DA TUTELA
JURISDICIONAL EFETIVA NO PROCESSO PENAL**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Área de concentração: Direito.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Cristiano Álvares Valladares do Lago
Universidade Federal de Juiz de Fora

Cleverson Raymundo Sbazi Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Kelvia de Oliveira Toledo
Universidade Federal de Juiz de Fora

RESUMO

O artigo aqui exposto visa demonstrar a necessidade de reconhecimento do poder geral de cautela ao juízo criminal. Dessa forma, é defendida a possibilidade de as medidas cautelares inominadas serem utilizadas no processo penal com o condão de garantir a eficácia da tutela jurisdicional. Desta feita, busca-se argumentar pela não taxatividade do art. 319 do CPP. O método utilizado é o dialético, posto que foram utilizadas análises que se pautaram em estudos doutrinários, dispositivos legais e constitucionais, assim como pesquisas práticas realizadas por órgãos oficiais. O objetivo principal é comprovar não só a compatibilidade e adequação do poder geral de cautela com os princípios basilares do estado democrático de direito, mas também a relevância de seu reconhecimento diante da realidade brasileira.

Palavras-chave: Processo Penal. Medidas Cautelares Inominadas. Poder Geral de Cautela.

ABSTRACT

The article presented here aims to demonstrate the need for recognition of the general power of caution to criminal prosecution. Thus, we argue that the unnamed precautionary measures could be used in criminal proceedings in order to guarantee the effectiveness of judicial protection. That said, we seek to argue for the non-exhaustiveness of Brazilian Criminal Procedure Code section 319. The method used is dialectical, since there were used analysis based on doctrinal studies, judicial decisions, legal and constitutional provisions, as well as practical research carried out by official bodies. The main objective is to prove not only the compatibility and adequacy of the general power of caution with the basic principles of the democratic state of law, but also the relevance of its recognition to the Brazilian reality.

Keywords: Criminal Procedure. Unnamed Precautionary Measures. General Power of Caution.

LISTA DE ABREVIATURAS

CPP	Código de Processo Penal
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
HC	Habeas Corpus
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LEP	Lei de Execução Penal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. MEDIDAS CAUTELARES	7
2. O PODER GERAL DE CAUTELA	12
3. ASPECTOS SOCIAIS DA PRISÃO	14
4. O PROCESSO PENAL SOB O PRISMA CONSTITUCIONAL	17
CONCLUSÃO.....	19
REFERÊNCIAS.....	21

INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº 12.403/2011 as discussões que circundavam a possibilidade do juízo criminal possuir a prerrogativa do poder geral de cautela foram reverdecidas. E é neste diapasão que se centra o presente trabalho. Intenta-se demonstrar que acatar as medidas cautelares inominadas, no âmbito penal, pode significar a própria garantia da tutela jurisdicional adequada. A veracidade reside na informação de que o legislador nunca será capaz de prever todas as hipóteses fáticas existentes e é justamente por isso que aqui se advoga pela ampliação do poder geral de cautela. A tutela eficaz do processo não se resume à obtenção do resultado jurisdicional exauriente e definitivo: é preciso que a prestação jurisdicional garantida pelo Estado-juiz se adegue da maneira mais plena e satisfatória quanto for possível. A justificativa é que o resultado do processo, além de servir às partes, ampara e afeta a sociedade como um todo. É preciso, portanto, asseverar a importância de se discutir a atuação jurisdicional e legislativa, posto o Estado ser titular único do *jus puniendi*.

O Código de Processo Penal (CPP) brasileiro não traz propriamente um rigor sistemático quanto as medidas acautelatórias, por essa razão, estas encontram-se disseminadas por todo o Código. No entanto, ainda assim, é possível as subdividir em medidas cautelares de índole pessoal, como as prisões provisórias, medidas cautelares de índole patrimonial, como o sequestro e o arresto e as medidas cautelares referentes aos meios de prova, como o exame de corpo de delito. Além disso, é imperioso salientar que as medidas cautelares não são vislumbradas unicamente em nosso código de processo penal, mas também em leis extravagantes, como, por exemplo, a Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) e a Lei nº 11.343/06 (Lei de tráfico de drogas).

A discussão aqui recairá sobre o art. 319 do CPP que elenca medidas cautelares diversas da prisão. O supracitado artigo sofreu mudança legislativa através da Lei nº 12.403/2011, e o termo inicial de sua vigência é datado em 04 de julho de 2011. Houve alteração da redação do Título X do CPP que regulariza as medidas cautelares de natureza pessoal. Diante desta reforma, aqui adota-se a defesa da não taxatividade do rol do dispositivo supracitado e assim serão dispostos argumentos que a justifiquem.

1. MEDIDAS CAUTELARES

Dentro das inúmeras medidas cautelares pulverizadas no Código de Processo Penal, o presente artigo trará como enfoque as medidas cautelares diversas da prisão

constantes em seu art. 319. No entanto, antes de adentrar no tema especificamente proposto, é preciso que se entenda como se dá a tutela jurisdicional cautelar na esfera processual penal. Neste caso, a tutela será exercida com base no Código de Processo Penal e em legislação especial. De acordo com Lima (2012), sua utilização retira fundamento na necessidade de o Estado-juiz “assegurar a correta apuração do fato delituoso, a futura e possível execução da sanção, a proteção da própria coletividade, ameaçada pelo risco de reiteração da conduta delituosa, ou, ainda, o ressarcimento do dano causado pelo delito” (LIMA, 2012, p. 1109).

A medida cautelar é o procedimento judicial que intenciona prevenir, conservar, defender e ainda assegurar a eficácia do resultado do processo principal e, por conseguinte, de um direito. É certo que a tutela cautelar decorre de fatos que demandam providências céleres. Trata-se de ato enérgico e excepcional, sem que sua urgência, no entanto, cause prejuízo à devida observância dos preceitos legais e constitucionais dispostos na legislação pátria. Em conclusão, Calamandrei (1936, p. 19) considera que “sem a cautela ter-se-ia um remédio longamente elaborado para um doente já morto”.

No processo penal, a tutela cautelar será prestada sempre que for comprovada a sua necessidade, podendo ser utilizada em toda a persecução penal, desde a fase investigatória até o findar do processo. As medidas cautelares demandam dois requisitos imprescindíveis para sua concessão: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O primeiro requisito se funda na probabilidade do direito do autor que é aferida através da análise dos elementos elencados ao processo; já o segundo requisito se justifica no perigo que a prestação jurisdicional tardia poderia ocasionar, qual seja, a própria inutilidade do resultado processual.

Há ainda acirrado debate a respeito do reconhecimento de existência ou não do processo cautelar autônomo, de onde efervescem opiniões diversas entre os mais reconhecidos autores, como Aury Lopes Júnior, Marcellus Poslastri e Campos Barros. Aury Lopes Júnior (2010) assevera que não há ação cautelar autônoma, mas medidas cautelares penais. Para o autor, o processo penal é bifurcado em subdivisão que integra os processos de conhecimento ou de execução e, portanto, o juiz poderá se valer das medidas cautelares desde as investigações preliminares, até o processo de execução. Lima (2008) assevera entendimento oposto ao defender a existência de processo penal cautelar sem, no entanto, reconhecer sua autonomia, posto que este é acessório ao processo principal. Nessa hipótese a jurisdição cautelar será exercida através de medidas cautelares dentro do processo principal, mas não deixaria de haver jurisdição cautelar própria, ou seja, há um processo penal cautelar que deve ser reconhecido como terceiro gênero, ao lado do processo de conhecimento e de execução. Em entendimento similar, Barros (1982) afirma que não é errôneo considerar a

existência de ação cautelar autônoma no âmbito processual penal. O presente autor argumenta pela autonomia da ação cautelar, considerando que a independência do processo cautelar seria vislumbrada sob o aspecto de que o resultado da ação cautelar não irá incidir na ação principal.

Acerca deste tema, é imperioso destacar o entendimento de Silva (2000) que elenca a diferença vital entre o processo de conhecimento e o processo cautelar: “A diferença, então, entre um processo de conhecimento e outro que seja cautelar resume-se na intensidade da cognição que o magistrado deve desenvolver para produzir o julgamento. Sob o ponto de vista estrutural, ambos os procedimentos são idênticos” (SILVA, 2000, p. 63).

Dessa maneira, o processo cautelar não visa encerrar a lide, mas apenas elencar uma solução jurisdicional para um contexto fático que exige uma resposta imediata, mesmo que isso signifique a abdicação de parte da segurança jurídica garantida pelo devido processo legal.

As medidas cautelares apresentam traços indissociáveis à sua natureza, conforme assevera a melhor doutrina, quais sejam: a acessoriedade, a preventividade, a instrumentalidade hipotética e a provisoriedade.

A acessoriedade é caracterizada pela dependência da medida cautelar pela ação principal, destaca-se que o procedimento cautelar poderá ser pleiteado até mesmo antes da vigência do processo principal, sem que, no entanto, deixe de ser subordinado à sua existência futura. A partir da leitura do dispositivo supracitado, é evidente que a medida cautelar poderá ser disposta antes mesmo de ser interposta a ação principal, mas que dela não deixa de ser dependente. Theodoro Junior (2002) fixa entendimento que também poderá ser lido e aproveitado ao direito processual penal. Segundo o autor “é atento a essa particularidade que Liebman ensina que a ação cautelar é sempre ligada a uma relação de complementaridade a uma ação principal, já proposta ou da qual se anuncia a próxima propositura” (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 50).

A preventividade tem o condão de precaver possíveis danos que poderão ocorrer com a espera da decisão judicial que irá advir. Nesta situação, as medidas cautelares irão assegurar que o processo principal seja útil, pretendendo impossibilitar que ocorra dano grave ou irreversível ao direito da parte e que, no âmbito penal, pode significar a própria vida.

Ainda temos como característica a instrumentalidade hipotética que nada mais é que a realização de um juízo não exauriente de probabilidade de vitória do autor no processo. Como já abordado, trata-se do *fumus boni iuris* que não vinculará o resultado do processo principal.

A respeito das medidas cautelares diversas da prisão, vislumbramos recente regulamentação realizada pela Lei nº 12.403/2011. O art. 282 do CPP foi organizado pelo supracitado comando legislativo e dispõe que a decretação das medidas cautelares deve observar os requisitos da necessidade e da adequação. Para que seja sanado o primeiro requisito aqui elencado, a lei determina que a medida cautelar só será aplicada quando imprescindível para realização de investigação ou de instrução criminal, assim como deverá ser essencial para se evitar a prática de infrações penais (art. 282, I do CPP); quanto ao segundo, impõe-se que a medida cautelar deverá ser apropriada à gravidade do crime, considerando as circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado ou acusado (art. 282, II do CPP).

Destaca-se que o procedimento de ressignificação do art. 319 do CPP cominou no fim da dicotomia existente entre prisão e liberdade provisória. Desta feita, foram elencadas nove medidas cautelares pessoais diferentes da prisão. No entanto, embora seja uma extensão legislativa essencialmente benéfica, foram atizadas grandes divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da possibilidade de aplicação da medida cautelar inominada no processo penal.

Conforme o art. 319 do CPP, são medidas cautelares diversas da prisão: o comparecimento periódico em juízo, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, a proibição de manter contato com pessoa determinada, a proibição de ausentar-se da Comarca, a suspensão do exercício de função pública, o recolhimento domiciliar, a internação provisória do acusado, a fiança e a monitoração eletrônica. Para os que defendem a inexistência do poder geral de cautela do juízo criminal, a implantação do dispositivo supracitado na legislação nacional seria mais um argumento para a defesa da ausência do poder geral de cautela no âmbito penal. Esse entendimento segue o raciocínio de que a existência da nova redação dada ao art. 319 do CPP inauguraria um rol delimitado e deveras satisfatório, pelo fato de elencar um número de medidas cautelares avantajado. Nessa esteira, Machado (2009) é um dos defensores de que o poder geral de cautela do juiz é previsto apenas no plano processual civil e, portanto, deve ser afastado da esfera penal por falta de previsão legislativa expressa.

Conquanto, dada a infinitude de situações que a prática criminal abarca, considerar a inexistência do poder geral de cautela no processo penal poderia significar a ineficácia da atividade jurisdicional. Assim, mesmo que haja extrema tipificação legislativa, esta não seria suficiente para acautelar plenamente a complexidade fática. Nesse sentido, deverão ser aceitas as medidas cautelares atípicas, pois guardada a adequação e a

razoabilidade, serão sempre *in bonam partem*, visto que terão o condão de resguardar o resultado útil do processo sem que seja necessária a aplicação da prisão preventiva.

Por conseguinte, é necessário reafirmar que uma interpretação contrária à extensiva não permitiria que o magistrado determinasse medidas cautelares inominadas de baixa lesividade ao acusado, como a suspensão da habilitação de veículo automotor, sendo obrigado a decretar a prisão provisória, justamente porque o rol do art. 319 do CPP não elenca medida adequada ao caso concreto. As próprias modificações inscritas pela Lei nº 12.403/2011 foram baseadas em situações frequentes trazidas pela realidade forense e acabaram se solidificando como disposto legal. E não seria engano afirmar que tal fato pode ser visto como mais um argumento para aplicação de medidas cautelares inominadas, visto que as que atualmente figuram em lei já foram também fruto do poder geral de cautela do juízo criminal.

Ademais, o legislador, no Projeto de Lei nº 156/2009, que visa instituir o novo Código de Processo Penal, prevê medidas cautelares além das designadas pela Lei nº 12.403/2011. Por essa razão, é flagrante o entendimento de que o próprio legislador considera insatisfatórias as medidas enumeradas no art. 319 do CPP. No novo projeto, são esculpidas medidas cautelares diversas da prisão como a suspensão das atividades de pessoa jurídica, a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave, o afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima, a suspensão do registro de arma de fogo e a autorização para porte, além de elencar a possibilidade de suspensão do poder familiar. De tal forma, faz-se imperioso salientar que entendimento jurisprudencial e doutrinário algum deve atravancar a primordial e impreterível tutela jurisdicional eficaz dada pelo Estado-juiz.

No entanto, voltando o olhar para além das divergências, concluímos que o novel rol sedimentou o que já era expresso em nossa Carta Magna, que a ampliação das medidas cautelares dispostas no art. 319 do CPP fez da prisão, de modo indubitável, uma excepcionalidade. Afora isto, o legislador não deixa dúvidas ao expor no §3º, art. 282, do CPP que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar” (BRASIL, 1941). Em perspicaz entendimento, Luiz Flávio Gomes assevera que “a prisão preventiva não é apenas a *ultima ratio*. Ela é a *extrema ratio* da *ultima ratio*. A regra é a liberdade; a exceção são as cautelares restritivas da liberdade (art. 319, CPP); dentre elas, vem por último, a prisão, por expressa previsão legal” (MARQUES, 2011). Decerto, consagrar a prisão como *ultima ratio* somente traz benefícios ao agente, posto minorar ou eliminar um possível processo de segregação social acarretado ao indivíduo receptor das

medidas acautelatórias. Dessa maneira, reserva-se como adequada a prisão preventiva somente aos casos em que o sujeito é acusado pela prática de crimes de maior potencial ofensivo.

2. O PODER GERAL DE CAUTELA

Como é sabido, o poder geral de cautela pode ser definido como a faculdade dada ao juiz de determinar medidas de índole cautelar, ainda que não requeridas pela parte que porventura dela poderia necessitar ou que não estejam expressamente previstas em lei. No âmbito processual civil, é pacificada a existência do poder geral de cautela, destarte, será posta em xeque a possibilidade de se garantir ao juízo criminal esta prerrogativa, quando da aplicação de medidas cautelares atípicas. O manto da presente análise recairá sobre o ordenamento jurídico brasileiro, levando em consideração a Lei Maior, o próprio Código de Processo Penal e a legislação esparsa. O poder geral de cautela autoriza o magistrado de se valer de um dos maiores instrumentos disponíveis para a salvaguarda do ordenamento jurídico e do resultado útil do processo. No entanto, há corrente doutrinária que defenda que as medidas cautelares somente poderão se guiar pelo princípio da legalidade estrita e que, portanto, a sua aplicação estaria condicionada à previsão legal e à adequação do disposto em lei com a situação fática. Neste ínterim, Aury Lopes Júnior afirma:

No processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para 'poderes gerais', pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 584).

No entanto, restringir a aplicação das medidas cautelares em nome da legalidade estrita é um equívoco, posto que o presente princípio não visa embaraçar a efetividade do processo, mas salvaguardar o devido processo legal. Afunilar o poder geral de cautela ao âmbito civil seria rarear os poderes do magistrado que atua na esfera criminal e tal apequenamento poderia significar a ausência de prestação efetiva da tutela jurisdicional. Haveria, portanto, ofensa ao princípio constitucional que preceitua a inafastabilidade da jurisdição, previsto expressamente no art. 5º, XXXV da CF/1988, pois, como fora destacado previamente, a disposição de medidas cautelares atípicas será, por vezes, fatalmente necessária para o cumprimento eficiente e justo da tutela jurisdicional pleiteada.

O Código de Processo Penal não traz previsão expressa sobre o tema. Todavia, ao se considerar que as providências cautelares são de natureza essencialmente processual, deverá ser acatada a interpretação extensiva do art. 319 do CPP. E isso ocorreria, tendo-se em vista que, ao reputar a natureza processual das normas cautelares, haveria a aplicação do art. 3º do CPP nesta situação, o qual dispõe que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

O juiz criminal utiliza-se do poder geral de cautela, ainda, quando da previsão expressa em leis especiais que possibilitam a aplicação de medidas cautelares inominadas. É o caso da Lei nº 11.340/2006, comumente conhecida como “Lei Maria da Penha”, que torna possível a utilização de medidas cautelares nominadas e inominadas em prol da proteção à mulher vítima de violência doméstica. A afirmação é evidente, sobretudo, no artigo aqui elencado, a que se recomenda a leitura para melhor elucidação do tema:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, **entre outras**:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público. (BRASIL, 2006a, grifo nosso.)

Há de se destacar que o magistrado, quando admite cautela inominada, não age *contra legem*, posto que princípios basilares e determinações expressas de nosso ordenamento jurídico assim o oportunizam. Entretanto, o poder geral de cautela é exercido dentro da legalidade, visto que, para além dos requisitos de todas as medidas cautelares, como o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, o magistrado deverá observar predicados como o da adequação e da necessidade. Este somente estará autorizado a aplicar medidas cautelares atípicas em caráter residual. Neste diapasão, Polastri assevera:

Assim, conforme defendemos, ao fazer uso do poder geral de cautela o juiz poderá ter uma alternativa não prevista em lei para se evitar uma desproporcional decretação da prisão cautelar que, assim passa inclusive a ser de aplicação mais benéfica ao acusado. O fundamento do poder geral de cautela no processo penal, tal qual no processo civil, está no dogma constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), mas, de outra parte, considerando-se a previsão legal do Código de Processo Civil, como já visto, poderá ser utilizada, subsidiariamente no processo penal [...]. Destarte, ao ser decretada medida cautelar pelo juiz, utilizando-se do poder geral de cautela, a imposição será feita, obviamente, em virtude da lei, mesmo que esta lei seja o Código de Processo Civil. [...] A decretação de tais medidas atípicas deve se dar em contextos excepcionais, haja vista que a restrição de direitos só deve ser admitida em casos de extrema. (LIMA, 2005, p. 58).

Assim, aqui se entende que a aplicação de medidas cautelares inominadas somente se dará em situações excepcionais. Portanto, se uma das hipóteses previstas em lei for cabível ao caso concreto, esta deverá ser utilizada em detrimento de uma medida atípica. Outrossim, deve ser guardada a devida proporcionalidade, sendo vedada a expedição de medida mais gravosa que a da possível pena cominada no processo principal. É imperioso destacar, novamente, a incongruência de se proibir a expedição de tutelas cautelares inominadas. Estas irão restringir direitos de relevância menor que a própria liberdade, tendo em vista a probabilidade de aplicação de prisão preventiva quando não se tem em lei cautela restritiva suficiente ao caso concreto.

É relevante asseverar que não haveria antecipação dos efeitos condenatórios ao se admitir o poder geral de cautela do juízo, o que iria de encontro à presunção constitucional de não-culpabilidade. Visa-se assegurar a prestabilidade da sentença de mérito da ação penal e do processo de execução. Desta feita, o poder geral de cautela somente residirá quando houver a existência do processo principal.

O deslinde, portanto, vai no sentido de que as medidas cautelares alternativas intencionam assegurar a aplicação do direito, ao mesmo tempo em que conservam o *status libertatis* do sujeito passivo da relação processual. As medidas atípicas advindas do poder geral de cautela servem aos princípios de nossa própria Carta Magna, posto almejar evitar excessos ao mesmo tempo em que coíbe as insuficiências.

3. ASPECTOS SOCIAIS DA PRISÃO

A bem da verdade, como fora destacado, o encarceramento deverá ser o último recurso a ser aplicado. No entanto, no Brasil, dada a situação em que se encontra o sistema

prisional brasileiro, esse princípio deve ser tão potencializado quanto for possível. E é nesse sentido que vislumbra-se a necessidade de reconhecimento de validade de medidas cautelares atípicas, pois, se aplicada com discernimento e razoabilidade pelo magistrado, serão meio eficaz para reprimir a decretação de prisões preventivas.

Capez (2002, p. 328) afirma que “o preso provisório é aquele que teve sua liberdade de locomoção despojada sem sentença penal condenatória transitada em julgado, ou seja, aquele que aguarda julgamento do seu processo recolhido à prisão”. Após ser realizada a prisão provisória o preso é recolhido a estabelecimento prisional. No entanto, é preciso que não se divorcie do instituto da prisão provisória o princípio constitucional da presunção de inocência, segundo a própria CF, em seu art. 5º, LVII, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Além disso, temos importante documento *internacional* que vai de encontro ao que foi expresso, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos que diz que “toda pessoa acusada de um ato delituoso é presumida inocente até que sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em todas as garantias de defesa necessárias lhe sejam asseguradas” (ONU, 1948).

O art. 107 da Lei de Execução Penal (LEP) nº 7.210/84, preleciona que ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária. Além disso, a LEP, embora vise primordialmente regular a efetivação de sentença criminal, estabelece preceitos que regulamentarão o regime de prisão provisória. Dentre as particularidades regulamentadas, há a previsão no sentido de que presos provisórios devem ficar em separado dos demais, em cadeias públicas, conforme prescreve o art. 102, *caput* da LEP. A redação do art. 300 do CPP foi alterada pela Lei nº 12.403/2011 e a expressão “sempre que possível” foi substituída pela expressão “ficarão” - isso significa que, a partir da mudança legislativa, será um comando imperativo a obrigatoriedade de separação entre presos provisórios e definitivos. No entanto, na prática, o que se encontra é a impossibilidade material de se manter em separado estas duas espécies de presos, isso ocorre porque há uma verdadeira crise no sistema carcerário brasileiro. Portanto, a questão principal é saber como lidar com a realidade que nos encobre, posta a difícil realização de separação de local dos presos, o magistrado, utilizando-se de grande bom senso, deverá considerar, não como absoluta, mas como primordial a substituição da prisão por medidas cautelares, estejam estas ou não entre as nove alternativas inscritas no rol do art. 319 do CPP.

Em 2011, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) decidiu, no *Habeas Corpus* (HC) nº 196.438, que na falta de presídio semiaberto, o preso deve ficar no regime aberto ou em

prisão domiciliar. A decisão da 6ª turma vai de encontro à jurisprudência fixada no STJ que determina como constrangimento ilegal a permanência de condenado em regime prisional mais gravoso. O Ministro Geraldo Og Nicéas Marques Fernandes, como relator do supracitado H.C. asseverou que “constitui ilegalidade submetê-lo, ainda que por pouco tempo, a local apropriado a presos em regime mais gravoso, em razão da falta de vaga em estabelecimento adequado” (BRASIL, 2011). A conclusão é que se mesmo em relação ao preso condenado se considera ilegal sua prisão fora de estabelecimento adequado, ao preso provisório, cuja sentença ainda nem foi proferida, a ilegalidade seria ainda mais gravosa. É imperioso destacar que a prisão não ressocializa, no estado em que se encontra o sistema carcerário, o indivíduo poderá sair ainda pior. Nesse sentido, assevera Mirabete:

A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num microcosmo no qual se reproduzem e se agravam as grandes contradições que existem no sistema social exterior (...). A pena privativa de liberdade não ressocializa, ao contrário, estigmatiza o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre a sua função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da estrutura social de dominação (MIRABETE, 2002, p. 24).

Para se ter noção da precariedade em que se encontra o sistema prisional brasileiro não é preciso se fazer grandes reflexões, basta que se observe alguns dados que trazem informações essenciais a respeito de seu funcionamento. O Ministério da Justiça realizou estudo no ano de 2014 que mostrava que a taxa de ocupação dos estabelecimentos prisionais se encontra 67% acima de sua capacidade máxima. Deduzidos os cálculos, conclui-se que haveria carência de 250 mil vagas prisionais. Segundo os dados dispostos pelo InfoPen do Ministério da Justiça, do ano de 2013, 41% dos encarcerados são presos provisórios (BRASIL, 2014, p. 20). No estado do Amazonas, por exemplo, a situação é ainda pior: mais de 70% dos encarcerados são presos provisórios, segundo o mesmo relatório expedido pelo Ministério da Justiça. Trata-se, deveras, de um dado importante e por aqui citá-lo, não se insinua que deva ser abolida a prisão preventiva, mas se buscar todos os meios possíveis para evitá-la.

A *Human Rights Watch* expede periodicamente relatórios que expõem os avanços e retrocessos em relação aos direitos humanos no cenário mundial. O país brasileiro foi apontado, em 2015, no supracitado relatório como um local em que o sistema penitenciário é repleto de denúncias que continham alegação de tortura, tratamento cruel, degradante e desumano, além da falta de infraestrutura dos presídios.

Torna-se ainda, flagrante a fragilidade da prisão temporária, segundo pesquisa conjunta realizada em 2012, pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 37,2% dos casos em que é aplicada a prisão provisória, os réus não são condenados à prisão ao fim do processo ou, ainda, são receptores de penas inferiores ao tempo em que permaneceram encarcerados provisoriamente.

Tendo em vista o exposto, deve-se observar que a prisão vem sendo lida como regra pelo poder judiciário brasileiro e isso ocorre, em partes, pela própria origem ditatorial do Código de Processo Penal. No entanto, além das reformas e adaptações realizadas pelo legislador ao longo dos anos, é preciso se ter em vista que o supracitado *codex*, deve ser lido e interpretado à luz de nossa Constituição que determina expressamente o instituto da privação de liberdade como medida excepcionalíssima, conforme o art. 5º, LXI, CF/1988: Art. 5º, LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (BRASIL, 1988).

Visando amenizar tal quadro foi instaurada a Lei nº 12.403/2011, aqui já analisada. No entanto, diversos defensores públicos, como Patrick Cacicedo, defensor público coordenador do Núcleo de Situação Carcerária, asseveram que o advento da lei tem feito com que se prenda mais que se solte. Isso tem ocorrido pelo uso indevido e abusivo das mudanças trazidas pela lei. Em entrevista a Andrea Dip, Cacicedo faz a seguinte consideração:

Uma das medidas que ganhou força com essa lei foi a fiança. Então para uma pessoa que não pode ter a prisão preventiva decretada, o juiz determina que pague tantos salários mínimos. E aí a gente descobriu uma coisa assustadora que é o número de pessoas presas simplesmente por não ter dinheiro para pagar essa fiança (CACICEDO apud DIP, 2015).

Nesse aspecto, mais uma vez, bate-se na tecla da necessidade de aceitação das medidas cautelares inominadas, porque, acolhendo-as no âmbito processual penal, o magistrado poderá adequar de modo pleno as medidas ao plano fático, evitando que disparidades sejam concebidas.

4. O PROCESSO PENAL SOB O PRISMA CONSTITUCIONAL

O Código de Processo Penal brasileiro foi instituído no ano de 1941 pelo presidente da época, Getúlio Vargas. O CPP foi baseado na legislação processual penal italiana da década de 30 que possuía forte apelo fascista, por essa razão, juntando-se ao

contexto histórico vivido no Brasil, nosso *codex* foi fundado em bases extremamente autoritárias. Por tal motivo, tornou-se flagrante sua incompatibilidade com a Carta Magna vigente que nada mais é que uma efervescência de direitos e garantias fundamentais, funcionando como imprescindível corolário da democracia pátria. Segundo Rangel (2009):

No sistema inquisitivo, o juiz não forma seu convencimento diante das provas dos autos que lhes foram trazidas pelas partes, mas visa convencer as partes de sua íntima convicção, pois já emitiu, previamente, um juízo de valor ao iniciar a ação [...]. O sistema inquisitivo, assim, demonstra total incompatibilidade com as garantias constitucionais que devem existir dentro de um Estado Democrático de Direito e, portanto, deve ser banido das legislações modernas que visem assegurar ao cidadão as mínimas garantias de respeito à dignidade da pessoa humana. (RANGEL, 2009, p. 48-49).

Com intuito de exemplificar essa característica autoritária do Código de Processo Penal, traz-se aqui a redação antiga do art. 596 do CPP que dizia que a sentença absolutória não seria suficiente para se colocar o réu em liberdade, a depender do grau da infração penal. Com o advento da Constituição da República, esse disposto passou a não ser aceito, assim como tantos outros. Desta maneira, passou o CPP a sofrer inúmeras reformas legislativas para adequar o presente código ao sistema acusatório, em contraste ao inquisitivo. Além de tudo, tornou-se essencial a realização de leitura constitucional de seus dispositivos e princípios por parte dos operadores do direito, sobretudo, pelo magistrado. Nesse sentido, Luiz Roberto Barroso assevera que:

O Princípio da Supremacia da Constituição, que tem como premissa a rigidez constitucional, é a ideia central subjacente a todos os sistemas jurídicos modernos. Sua compreensão é singela. Na celebrada imagem de Kelsen, para ilustrar a hierarquia das normas jurídicas, a Constituição situa-se no vértice de todo o sistema legal, servindo fundamento de validade das demais disposições normativas. Toda Constituição escrita e rígida, como é o caso da brasileira, goza de superioridade jurídica em relação às leis, que não poderão ter existência legítima se com elas contrastarem (BARROSO, 2006, p. 67).

Ainda poderá ocorrer a declaração de incompatibilidade de determinados dispositivos do Código de Processo Penal quando não estão em conformidade com o sistema constitucional. Para Tavares (2002, p. 152): “toda norma que fosse incompatível com o novel Documento Supremo seria, imediatamente, eliminada, servindo a Constituição como uma espécie de filtro”.

Nesta senda e após o exposto, aqui se entende que não seria presunção afirmar que a interpretação extensiva do rol do art. 319 se coadunaria melhor com a lógica constitucional que a imposição de leitura restritiva sobre o disposto. A justificativa é singela e evidente, pois deixar aberta a possibilidade de aplicação das medidas cautelares abriria margem para que o magistrado, com toda sua magnanimidade, adequasse a cautela ao caso concreto. Assim, haveria diminuição potencial da incidência de imposição de privação ao direito de liberdade por falta de previsão legal que supra satisfatoriamente a carência da conjuntura fática apresentada ao órgão jurisdicional. Sob este prisma Rangel (2012, p. 46) afirma que “o sistema processual penal deve ser entendido como um conjunto de princípios e regras constitucionais e que, de acordo com o momento político de cada Estado, estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto”.

CONCLUSÃO

O presente artigo visou demonstrar os conceitos principais que envolvem as medidas cautelares, o modo como funcionam e a que se destinam. Vislumbra-se que as medidas acautelatórias são, por vezes, estritamente essenciais para o alcance da tutela jurisdicional, posto ser instrumento que torna possível a consumação e efetivação do processo principal.

A questão problema recaiu sobre a necessidade de se aplicar interpretação extensiva ao art. 319 do CPP e, para tanto, é preciso que seja reconhecido, no âmbito penal, o poder geral de cautela do juízo. É impossível ao legislador elencar em lei medidas que supram todas as hipóteses advindas do plano fático. Outrossim, acatar as medidas cautelares inominadas é meio de dar ao magistrado a possibilidade de minguar o número de presos provisórios existentes no Brasil. Ocorre que, quando não há medida cautelar pessoal que seja suficiente para o resguardo do resultado útil do processo, o juiz precisará decretar a prisão preventiva.

Para além das questões puramente objetivas referentes ao direito material e processual, é preciso que se leve em consideração o contexto no qual se insere nosso ordenamento jurídico. Atualmente, o sistema prisional no Brasil se encontra em crise: presos provisórios se encontram no mesmo espaço de presos definitivos. Há superlotação e abusos de toda monta. É incontestável e notória a constante violação de direitos humanos e fundamentais. Neste sentido, não é vista como razoável interpretação restritiva do art. 319 do

CPP, pois esta embarçará a possibilidade de minorar um problema tão grave quanto o narrado.

Por não haver disposição expressa em nosso Código de Processo Penal, é preciso que seja realizada interpretação sob a óptica constitucional do dispositivo posto em tela. A regra é que, havendo dúvida sobre o significado de algum texto ou elemento normativo, deve-se realizar a leitura jurídica destes tendo como norte nossa Carta Maior. O Código de Processo Penal tem raízes inquisitivas e, por essa razão, é preciso maior zelo para adequá-lo ao texto constitucional. Nesta senda, objetivou-se demonstrar que considerar a não taxatividade do rol do art. 319 do CPP seria uma forma de adequá-lo à Constituição Federal.

Em resumo, é imperioso asseverar que o poder geral de cautela é meio inseparável da tutela jurisdicional efetiva e deve ser reconhecido na esfera criminal. Salienta-se, por fim, que o rol do art. 319 do CPP deve ser considerado como exemplificativo para a potencialização da eficácia das medidas cautelares.

REFERÊNCIAS

BARROS, Romeu Pires De Campos. **Processo Penal Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de Outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm Acesso em: 10 Out. 2017.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm Acesso em: 12 Nov. 2017.

_____. **Lei n. 11.340, de 07 de Agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm Acesso em 03 Out. 2017.

_____. **Lei n. 11.343, de 23 de Agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm Acesso em: 11 Nov. 2017.

_____. **Projeto de Lei n. 156 de 2009**. Disponível em: www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/.../Redação-final-PLS-156-09PDF1.pdf Acesso em: 12 Nov. 2017.

_____. **Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm Acesso em: 03 Ago. 2011.

_____. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**, 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf> Acesso em: 12 Nov. 2017.

_____. **Supremo Tribunal de Justiça** - HC: 193394 SP 2010/0229820-1, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 17/03/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/04/2011). Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21816092/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1394595-sp-2011-0010708-7-stj> Acesso em: 25 Out. 2017.

CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Pádova: Cedam, 1936.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte geral, vol 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIP, Andrea. No Brasil, 40% dos presos são provisórios. **Carta Capital**, 2015. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/prende-primeiro-pergunta-depois-2548.html>> Acesso em: 20 out. 2017.

ONU. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm Acesso em: 12 Nov. 2017.

MARQUES, Ivan. Luís. **Resumo em 15 Tópicos Sobre as Mudanças da Lei 12.403/2011**, 2011 Disponível em: <http://www.tribunapr.com.br/noticias/resumo-em-15-topicos-sobre-as-mudanc-as-da-lei-12-403/> Acesso em: 12 Nov. 2017.

LIMA, Marcellus Polastri. **A tutela cautelar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2. ed. Niterói: Ímpetus, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Direito Processual Penal**. 20. ed. Atualizada até 4 de julho de 2012. São Paulo: Atlas 2012.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. 20. ed. São Paulo: Leud, 2002.